

# 公共団体とは何か — 国家賠償法との関係で —

松 塚 晋 輔

はしがき

- 一 公共団体の概念を画定する意義
- 二 公共団体たる要件
- 三 公共組合
- 四 特殊法人
- 五 私法組織
- 六 PFI
- 七 今後の展望

## は し が き

説 論

著者は「公共施設と営造物責任<sup>(1)</sup>」と題する拙論を発表し、公共性の強い施設等が如何なる場合に国家賠償法二条の「公の営造物」に当たるかを検討した。ここでは、営造物（国賠法二条）概念を、国または公共団体等の行政主体によって公の目的に供せられている有体物とする定義<sup>(2)</sup>はいまだ簡素な定義であり、それをより具体的に解釈する必要がある

と述べた。要するに、その物に国・公共団体による管理を期待できるという要件を付加すべきことを説いた。言い換えれば、国・公共団体の管理が及ぶような公共的な施設について営造物該当性を認定しようということである。しかし、これでもまだ営造物を見定めるにはほど遠い。なぜなら、一つには「公共団体」の概念がはっきりしないからである。この概念が明らかにならない限り、民間所有の非常に公共性の強い私物が営造物に含まれるのかについて曖昧にしか答えられまい。

事情は国賠法一条の公共団体についても同じである。例えば、同じ教育作用を行っていても、国公立学校の教員であればそれは公権力の行使と認められるが、他方で私立学校教員であれば公権力の行使としては解されていない<sup>(3)</sup>。これは公共団体であるかどうかで適用法律が国賠法なのか民法なのかが異なってくることを示す最たる例である。ここに公共団体の意味を探究することの必要性が如実に表れている<sup>(4)</sup>。

そこで、本稿では公共団体という国賠法の文言に着目して、同概念を考察することとした。それに併せて、営造物該当性が問われるであろうPFI事業を今日の問題として検討したいと思う。

## 一 公共団体の概念を画定する意義

国賠法上の公共団体の概念を画定することの意義として、差し当たり、賠償義務者の確定に際して公共団体か否かが重要である。公務員の加害行為の場合、判例上、当該公務員の選任監督をした公共団体と棒給・給与を負担した公共団体が専ら賠償義務を負うことになっている。いずれにせよ専ら公共団体が賠償義務者となる。公務員の個人責任は否定される訳であって、専ら公共団体が賠償主体となる。また、もし公権力の行使を託された者が民間人である場

合（例、予防接種の担当医）、当該民間人の雇い主（医師の勤務する民間病院）が責任を負うのではなく、委託した公共団体のみが責任を負わされる<sup>(5)</sup>。

ただ、営造物責任の場合話が異なり、概念画定の意義が小さくなる。裁判例では、瑕疵ある営造物の管理を行って、いる者が公共団体であれば当該公共団体だけが直接賠償義務を負うが、公共団体以外の者（私人）が管理を行っていたら、管理を委託していた国・公共団体が賠償の責めを負うとともに、受託者たる私人も工作物の管理責任（民法七一七条<sup>(6)</sup>）若しくは不法行為責任（民法七〇九条、七一五条<sup>(7)</sup>）を負わされることがある。対照的に、国賠法一条の適用を受ける公権力の行使事例に対しては民法七〇九条の適用が排除される点で、二者択一的な様相となる。どちらが好ましいかが問題となろうが、私見によると、一般に営造物の設置または管理を請け負う者は業者であるため資力の点で申し分ないであろうから、営造物責任と工作物責任（または不法行為責任）を競合する形で成立させても構わないであろう。

第二に、ある公的な施設が営造物に当たるか否かを判断するに際して、公共団体の設置・管理か私人の設置・管理かということが一つの重要な目安である。それによって、国家賠償法二条の適用か民法七一七条の適用かを決められる。確かに、土地の工作物での事故であれば国賠法二条でも民法七一七条でも救済されるが、工作物とは言えない営造物の場合（例、椅子、公用車<sup>(8)</sup>）、国賠法二条しか適用可能性がない（勿論、民法七〇九条、七一五条は適用可能だが、その場合、無過失責任規定でなくなるので、原告の立証負担や立証活動に微妙な違いが生じるであろう）。塩野教授によれば、「国家賠償法二条の適用上、国家および地方公共団体のほかにいかなる団体が同条にいう公共団体に当たるかが、明らかにされなければならない」が、「当該物が民法七一七条の土地・工作物概念に入る限りは、国家賠償法でも民法でも損害賠償請求権の成立要件には変わりがないので、議論する実益はあまりない<sup>(9)</sup>」。この文を裏返した場合、つまり当該

物が土地・工作物概念に入らない場合について、公共団体の外延を議論する実益は排除されていないように見える。

この点、国鉄の信号通信区における輸送用自動車を営造物に該当するとした裁判例が存在する<sup>(10)</sup>。ここでは、日本国有鉄道等の公社の施設・物も公共の用に供せられていると解され営造物と見なされたのである<sup>(11)</sup>。しかし現在、国鉄、電電や専売公社がJR、NTTそしてJTといった特殊会社になってからは公共団体<sup>(12)</sup>とは言い難いので、これらの施設や物が現在は単なる私的な施設・物と取り扱われている（信楽鉄道事故判決。後述五）。

その他にも、公共団体の議論を交通整理すること、従来錯綜していた論点も解消されることになる。例えば、手数料等を徴収する権限のある指定法人が国賠法上の賠償責任主体となるかどうかという問題や、公共性のかなり高い空港や鉄道を設置管理する株式会社が公共団体であるかどうかといった問題は自ずから決せられる。

## 二 公共団体たる要件

通説的見解によると、公共団体とは地方公共団体、公共組合、営造物法人の三つがあるとされている<sup>(14)</sup>。それは、これらの事務の内容如何によるのではなく、設立目的が専ら国によって定められているからであるという。

但し、特別地方公共団体の一つである財産区に関して、財産区は法人格を与えられているけれども、もともと市町村の一部であり、また固有の機関を持たないので、当該財産区の執行機関として町長が職務を行うにつきなした加害行為は、町が責めを負うべきである、とした地裁判決がある<sup>(15)</sup>。財産区は特別地方公共団体であるにも拘わらず、公共団体として賠償義務を負わない旨の判決である。これに関しては、財産区も責めを負うが、町も負う（財産区の長たる町長は町の事務としても財産区の事務に携わっていた点を重視）と解したほうが適切に思う。こう解すれば、財産区が国

賠法上の公共団体ではないという整合的でない理解をしなくて済む。

### 三 公共組合

公共組合は一定の社員で構成される公共団体で、公法上の社團法人と解されている。<sup>(16)</sup> 公法上の組合か私法上の組合かの区分は困難を伴うが、一応、公共組合の特色として次のことが列挙されている。①設立の強制、②加入の強制、③任意解散の制限、④国家的権能の保持、⑤国による特別な監督、である。<sup>(17)</sup>

公共組合の具体例としては、土地改良区、土地区画整理組合、水害予防組合、農業共済組合、健康保険組合等がある。<sup>(18)</sup> また、公共組合の理事は原則として公務員の身分を持たないが、国賠法一条の公務員については別であると説かれている。<sup>(19)</sup> 裁判には、土地改良区<sup>(20)</sup>や土地区画整理組合<sup>(21)</sup>を公共団体（国賠法二条）とした事例がある。

ここで医師会の扱いを問題とできよう。宇賀教授によると、社團法人たる医師会が国の機関として公権力の行使たる指定権限を行使していると解するのであれば、国が公権力の帰属主体として国賠請求の被告となるが、他方で、「医師会自体に法律上付与された権限である」とすれば、当該医師会が、国家賠償法1条にいう「公共団体」として国家賠償請求の被告となる<sup>(22)</sup>とされる。この後段の記述では、医師会自体に指定権限が付与されていた場合、医師会は「公共団体」と見なされるとなっているが、これは権限の所在から公共団体性を判定しようする思考であると位置付けられる。しかし、法律による権限の付与ということのみから、受任者を公共団体と見なすことには異論がある。古くは、美濃部氏も、命令強制の権力を行い得ることは、決して公法人（＝公共団体）の本質上の要素を為すものではないと述べている。<sup>(23)</sup> さもなくば、権限を受任したという事実だけで公共団体として性格付けられることになり、私人

もまた権限を託されたというだけで公共団体になってしまわないか。仮に私法団体に公共団体性を認めてしまうと、同団体が通常専ら責任主体となるため資力不足のおそれがあり、被害者救済の観点から懸念される。<sup>(24)</sup> ドイツでは基本法三四条（職務責任規定）における賠償義務を負う「団体」には私法団体は含まれないというのが判例であり、これを支持する学説も多い。<sup>(26)</sup> 日本でも公権力の行使を受託した民間人の帰属する業者に民法の不法行為責任を問う可能性を否定する裁判例がある。<sup>(27)</sup> よって、このような業者に使用者責任を追及する途が今後開かれるかどうかは疑わしい。他方で、学説上、業者に対する求償権行使の要件として、国賠法二条二項では受託者に過失があれば足りると解されており、<sup>(28)</sup> これを国賠法一条二項の場合にも当てはめる余地は我が国の裁判上まだ否定されていない。<sup>(29)</sup> 要するに、国賠法一条一項の外部責任の原因行為をなした民間業者（身分上の公務員ではない）への求償を単なる過失行為の場合にも可能にするという手法である。いずれにせよ、後者の議論は民間団体を公共団体化するものではないので（民間団体を公務員（国賠法一条）化する議論だから）、<sup>(30)</sup> これ以上扱わないでおこう。

関連して、優生保護法指定医の指定取消処分取消等請求事件（菊田医師事件）<sup>(31)</sup> 第一審では、「行政事件訴訟法三条二項にいう『行政庁』とは、国又は公共団体から公権力の行使の権限を与えられている機関をいい、そのような権限を法律によつて付与されている限り、国又は公共団体の機関に限らず、私法人であつても『行政庁』たりうると解すべきである」と述べている。この判旨は、医師会が私法人であつて公共団体でないということを前提に書かれているものと読める。この判決の論理からすると、私法人がある一定の行政権限を委ねられていたとしても、<sup>(32)</sup> 公共団体に変化する訳ではないことになる。では、不服申立の審査権限を委ねられている弁護士会が公共団体と解されていることとは矛盾しないか。この点については、弁護士会が強制加入団体であることを斟酌すればよいと考えられる（<sup>(33)</sup> 医師会は任意加入団体<sup>(34)(35)</sup>）。

ところで大審院も公共団体の特徴の一つとして組合員の強制加入を要するとしていたところであり、学説においても「強制加入権は最小限度の公法人の特徴とされ、これによって公法人の推定がなされる」<sup>(37)</sup>と論ぜられている（例、水害予防組合法八条、土地改良法二一条、土地区画整理法二五条）。公共組合のみにとられず強制加入の視点で整理すれば、戦前は、医師会、歯科医師会、獣医師会、薬剤師会、弁護士会、弁理士会、税務代理士会等が強制加入の組織であったが、戦後一時期、強制加入制の多くが廃止された。現在強制加入組織は、弁護士会、弁理士会、公証人会、司法書士会、調査士会、税理士会、行政書士会、水先人会、公認会計士協会等に見られ、<sup>(38)</sup>これに対して、商工会議所は私的法人組織と解されている。<sup>(39)</sup>

現在、弁護士会は加入を義務付けており、医師会とは権限においてかなり異質の存在である。そして、医師会は今日公共組合ではないと評価されている。<sup>(40)</sup>本来、弁護士会や日本弁護士連合会は地方公共団体のように、自治的性質を尊重する必要から、あえて国による任命制を放棄していると解釈できる。結局、弁護士会は公共団体であつても<sup>(41)</sup>国から独立しているのだから、国賠法一条の賠償責任も弁護士会自身で負うべきだということにもなる（公共団体でないとして解すると、当会を指揮監督できない国が一条責任を負担しなければならないことになってしまう）。

#### 四 特殊法人

前述のように、公共団体に当たるのは、地方公共団体、公共組合及び営造物法人であると理解されてきたため、特殊法人が営造物法人に該当すれば、特殊法人は公共団体であるという思考が一見妥当なように見える。<sup>(42)</sup>しかし、営造物法人は戦前においては神宮や神社ぐらいであり、その数は僅少である<sup>(43)</sup>と言われる。

そこで、塩野宏教授は、営造物法人のみを行政組織法上の行政主体と位置付けている通説のあり方が妥当でないとともに、特殊法人を一律に行政主体の中に取り込むことは問題であると論じられる<sup>(44)</sup>。そして、特殊法人は営造物法人概念では捉えきれず、それにかえて特殊法人が直接に行政主体であるとするアプローチの可能性を提示される<sup>(45)</sup>。

国から存立目的を与えられた法人による業務がすべて行政となり、かつ行政主体の地位を占めるということには必ずしもならない<sup>(46)</sup>。塩野教授によると、例えば、法人の設立に際しての設立委員の政府任命というメルクマールは、当該法人の設立及びその業務に関する立法者の関心を示すものであっても、その業務が国の行政事務であるとするには当然には結び付かない。また、設立委員の任命は特殊会社にあつては設立の準備行為に留まるのであつて、「技術的には、設立委員の政府任命の要件のみによつては、行政主体たる地位を当該法人に肯定することはできない」とされ、「この点に関しては、法人の経営その物に関する国の主体的な関わり合いの仕方、いいかえれば、法人に対する国の出資のあり方及び運営費に関する国の支出のあり方にも着目するのが、妥当である<sup>(47)</sup>と論ぜられる。

山本隆司教授は、行政主体について「国が設立し、ないし存在せしめる法人」であるとする基準について、従来進められてこなかったとして、暫定的ではあるが二つの標準を提案される<sup>(48)</sup>。つまり、規約を改正・廃止する権能が国会にあること、意思決定機関の選任権能が大臣（国）にあることに着目しようという見解である。もともと、この論文はそもそも行政主体を論じたものであり、国賠法上の公共団体について論じたものではない。しかし、およそ行政主体とは国及び公共団体であると言われており<sup>(49)</sup>、公共団体該当性の判定は先の二つの標準によつて可能となる場合が多いのではなからうか。

裁判例では、特殊法人たる日本自転車振興会による競輪選手のあつせん行為が問題となった事例で、次に見るように当該振興会が公共団体（国賠法一条）であると判示されている<sup>(50)</sup>。



「被告日自振は自転車競技法にもとづき設立された特殊法人であり（同法二二条、一二条の二、一二条の四、特殊法人登記令一条）、被告日自振の行うべき業務の範囲は同法により具体的に定められ（同法二二条の一六）、その業務の方法および役員の任免等について通商産業大臣に広範な権限が付与され（同法二二条の九、一二条の一八等）、その役員および職員は同法により強い身分上の制約を受けるものとされていること（同法二二条の一二、一二条の一四等）、他方、競輪は国が一定の目的のために一定の地方公共団体に限ってこれを行なうことを認めているものであるから（同法一条一項）、競輪の公正・円滑な実施を図るための業務は性質上行政事務に属すると解されることからすれば、被告日自振は、国が右の事務を行なうため自らの行政機関を設ける代りに、その事務を遂行すべき機関として設立した特殊法人であつて、国家賠償法一条一項にいう公共団体に含まれるものと解するのが相当である。」

判旨に見られるように、会長・副会長・監事については同大臣の任命制（同法二二条の九第一項）がとられており、また、業務は全般的に法定されている。この点から見て、当該事例は山本説で説明できる事例である。

次に、日本放送協会について学説上、これは「特別の法律（放送法）の定める手続によつて設立された、その限りでは、国のイニシアティブによつて形成された法人ではあるが、それは、国家の一分肢として国家事務の遂行にあたるものではなく、むしろ、国家の事務とするにはふさわしくはないが、何人かが行うことがその性格上必要とされる業務を自主的に行う組織体と認識するのが妥当であろう<sup>(51)</sup>」とされる。日本放送協会は特殊法人としての位置付けであるが、判例上、放送等の実施が公権力の行使とは見なされておらず、当協会が公共団体として国賠法二条はさておき国賠法一条の適用は受ていない<sup>(52)</sup>。

とりわけ、政見放送削除事件第一審では、日本放送協会が「法、同施行令、並びに政見放送及び経歴放送実施規定（自治省告示）の定めるところにより政見放送を実施するものであり、国からの指示ないし委託により実施するもので

はない」と判示されており、政見放送の一部削除が公権力の行使ではないと解されている。同事件最判<sup>(53)</sup>はさらに、日本放送協会が行政機関でないとする原審の判断を是認している。これらの点からすると、判例では日本放送協会は公共団体とは解されていないようにも見える。しかし、本件における行政機関については、検閲の要件である行政機関に該当するかどうかの問題である<sup>(54)</sup>ので、日本放送協会が公共団体でないとは一概に先の判示だけでは言えない。

ちなみに、ドイツではラジオ放送施設は社会領域に属せしめられることはなく、ラジオ放送は公務とされ、ラジオ放送施設は公権力主体（Träger öffentlicher Gewalt）と<sup>(55)</sup>られている。また、政党への放送時間の割当に関する紛争についても公法的性質を有し、よって行政裁判所において解決されるものと解されている<sup>(56)</sup>。

我が国の場合、日本放送協会の経営委員は、両議員の同意を得て内閣総理大臣がこれを任命し（放送法一六条一項）、経営委員会が会長を任命するとなっている（放送法二七条一項）。この仕組みに着目すれば、意思決定機関の選任権能の一部が大臣にあると言える。さらには、受信料支払い義務と強制加入制度の類似点に鑑みて、日本放送協会はどちらかと言えば公共組合に近い性質を有している。かような点からしても、日本放送協会を公共団体と見なしてもあながち誤りとは言えないであろう。

その他、水資源開発公団や日本道路公団を公共団体とし、その施設を営造物と解した例がある<sup>(56)</sup>。

ところで、指定法人<sup>(57)</sup>が賠償責任主体となるか否かに関する争いがある。例えば、塩野教授は指定法人について次のように言われる。

「指定法人は公権力の行使を自己の権限として行い、また、多くの場合、その行為に対して手数料等を自己収入として徴収する権限が認められているところからすると、当該公権力の行使を原因とする国家賠償事件においても当該指定法人が賠償責任主体となると解される<sup>(58)</sup>」。

これに対し、米丸恒治教授は、「指定機関自らがその名で権限行使するといっても当該権限は委任した行政庁の属する行政体の権限のままであること」などを理由に、当該権限の属する行政体が責任主体になると反論される。<sup>(59)</sup>

しかしこの問題は、指定法人が公共団体であるかどうかを見定めれば自然に解決できるのではないか。まず手数料を徴収する指定法人の被用者が公権力を行使していることを前提にして、当該指定法人が公共団体に当たるのであれば（代表者が国による選出制であるか、定款の改正権が国にあるか等で判断）、当該指定法人が国賠法一条の責任を負うことになる。他方、当該指定法人が公共団体に該当しなければ、公権力の行使を委託した国・公共団体が賠償義務者ということである。故に、被害者に対する外部責任を発見するという次元では、指定法人が自己の名で権限行使しているとか、手数料を徴収しているとかは余り関係のないことであろう。

さて、近年の独立行政法人に関して、特定独立行政法人は勿論公共団体としてよかろうが、特定独立行政法人以外の（つまり、非公務員型の<sup>(60)</sup>）独立行政法人の扱いもまた公共団体としてよいのではないか。独立行政法人の長・監事は主務大臣がこれを指名・選任することとなっているからである（独立行政法人法一四条一項、二項、二〇条一項・三項）。独立行政法人は名前からしても公共団体の一種であろう。

## 五 私法組織

かつて、南満州鉄道会社、東洋拓殖会社、台湾電力会社、日本銀行等の国家的事業経営を目的とする会社についても、事業を経営すること自体は株主らの創立総会において決せられたもので、直接国家の意思によるのではなく、その法人は私の目的のために存立するものであるが故、私法人であると解された。<sup>(61)</sup>

私法上の組織もまた公共団体になり得るかの問題について、グロスによれば、私法組織も行政に結合されるが、その不可欠の手段は経営陣の選出権であるという<sup>(62)</sup>。そして、私法組織が行政組織の一部となるのは、行政主体が総会の議決権の過半数を保有している場合だとされる<sup>(63)</sup>。

我が国において、百パーセント近く政府が出資する民間法人は公共団体になるであろうか。民間法人が公共団体に変化する要件は山本説で考察できるであろうから、考えてみるに、事実上代表の選任権や定款の決定・修正権は国にあることになり、行政主体の呼称を与えても構わないだろうか。ここで、代表の選出権や定款の修正権の所在を法的に厳密に眺めれば、株主としての政府がこれらを多数でもって支配しているだけで、公共団体たる特殊法人とは同日の談ではないであろう。むしろ、政府出資の民間法人はただ行政主体に編入され得るに過ぎないと思われる。勿論その要件としては、当該民間法人が公権力の行使または営造物の管理を委託されていることである。尚、政府の出資率の高い法人には基本権の享有を認めないとか基本権の拘束を及ぼそうとするドイツの議論は、民間法人を行政主体に取り込もうとする議論とはなり得るが、同法人に公共団体の格を与えるということにはなるまい<sup>(64)</sup>。

ここでまた我が国に目を向けてみると、特殊会社であるJR（旅客鉄道株式会社）の場合、定款の変更等は国土交通大臣の単なる認可制であり、代表取締役の選定・解職と監査役の選任・解任の決議もまた同大臣の単なる認可制となっている（任命制でない）。そして、裁判上JRは公共団体とは見なされていない。例えば、信楽鉄道事故大阪地裁・高裁判決<sup>(65)</sup>のように、JRは国賠法二条の適用を受けておらず、国鉄（営造物法人）や日本道路公団（特殊法人）が国賠法二条の責めを負うのと対照的である。日本道路公団の総裁・監事が国土交通大臣により任命され、一定の業務を行う場合には同大臣による認可が必要であるのに対して、JRについてはただ代表取締役の選定・解職や定款の変更等が国土交通大臣の認可にかかっているに過ぎない。故に、JRの代表取締役等は大臣の任命制でないため、

JRに対する国の関与が他の特殊法人と比べて小さい。先の山本教授のメルクマールに則れば、特殊会社たるJRは公共団体に該当しないと解釈できる。<sup>(66)</sup> 逆に言えば、業務の方法や定款の変更等に対する大臣（国）の認可制だけでは公共団体性を導かないとできよう。

次に、営造物該当性に関して私見を提示したい。一般に国有鉄道施設の場合、私経済活動のための施設と言い得るのであり、たいていの場合には国の営造物責任と国の工作物責任のいずれであっても成立すると解釈できるのではなかろうか。そもそも、国鉄も私鉄も公共のための交通機関であり、どちらがより公共的かなど決められない。その意味でどちらも工作物である。ただ、国鉄は国が公共の用に供したので、営造物としての性質も併せ持っているのである。つまり、国・公共団体が公共の用に供したかどうかである。かような理由から、JRは国・公共団体が供している交通機関ではないため、JRには基本的に民法七一七条の責任が問われることになる。

これに関連して、宇賀教授はNTTの施設の設置管理の瑕疵につき、国賠法二条か民法七一七条の適用か議論が分かれると述べられる。<sup>(67)</sup> また、かつて電話ボックスを営造物とした裁判例があつた。<sup>(68)</sup> しかし、基本的にNTTもJR等の特殊会社と同様の扱いであろう。<sup>(69)</sup> 勿論、総務大臣は、会社の経営管理について一般的な監督権を行使すること（日本電信電話株式会社法一六条）以外にも、監査役の指名や監査命令を行うこともできる（同法一五条一項）。とは言え監査役の指名のみでは公共団体たらしめることはできないと思う。会社の意思決定に直接携わる地位（取締役）を選任できなければ、当該会社を公共団体とすることはできないだろう。

## 六 PFI

PFI (Private Finance Initiative) 法は、正式名を「民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律」という。これは、これまでほとんど行政のみが公共施設等を整備してきたが、これを民間の資金やノウハウを導入できるようにして公共施設等の整備を促そうとする法律である。施設の設置のみならず管理や運営までも民間事業者の資金・技術・能力を取り込むことを目的としている。<sup>(70)</sup>

PFI法施行前の事例であるが、PFIの先例として見なされるものとして、関西国際空港のケースがある。関西国際空港は特殊会社たる関西国際空港株式会社（官民共同出資の株式会社）が管理するものであるが、当該株式会社の代表取締役の選定・解職、定款の変更等が国土交通大臣の認可制である点で、JRの立場と極めて酷似しており、国賠法上の扱いも同じものとなる。現に、空港整備法三条において関西国際空港は、国土交通大臣ではなく関西国際空港株式会社が設置・管理すると規定されている。

しかし、「関西空港株式会社は特殊法人であり、中部国際空港は株式会社の形式を採っているが、政府の強い監督権限下に置かれており、PFIという民間事業者とはみなしにくい」とされ、関西国際空港特別措置法と中部国際空港特別措置法を制定する際、公物管理の一般法である空港整備法を改正し、事業権の全てを移管する場合に、一般法の改正が行われたことが強調されている。<sup>(71)</sup>さらに、公共用の空港は国（大臣）・地方公共団体が専ら設置し管理する公共施設であり、民間事業者に権限委譲できないので、当該会社は特権的地位を与えられていると言える。なぜなら、国・地方公共団体が空港の管理を行うことを法律上要請されているからである。これは道路法上の道路（道路運送法上の自動車道は除く）においても同様で、国（大臣）・公共団体のみが管理者たり得る。このことからすると、これらの

空港を営造物と把握し当該株式会社を公共団体と見なして、国賠法二条を適用するという議論があり得る。この点に  
 関して、当該株式会社を公共団体であるとするには、株式会社と公共団体とが文言的に齟齬するため、今ひとつ論理  
 不足を感じる。また、当該株式会社は事業権の全ての移管を受けたとしてこれを公共団体とするには事業権の語が抽  
 象的過ぎるように思われる（JRやNTTも包括的に事業権を移管されているが、これらは公共団体とは解されていないようだ）。  
 何よりも、山本説からすると公共団体性は否定される（前述五）。

しかし、空港が株式会社の手によるとの理由で、営造物性も否定されるのかということが問題として残る。つまり、  
 設置管理会社は公共団体に該当しないが、空港自体は営造物であると解釈できるかどうかである。<sup>(74)</sup> 空港と国賠法二条  
 の関係について、関西国際空港が営造物としての性格を維持しているとする見解を側面支援するかのような裁判例が  
 存する。例えば、大阪地判昭四四年一月二七日では、財団法人大阪府公園協会にプールの管理が委託されているけ  
 れども、大阪府の管理責任はなくなると論じられている。<sup>(75)</sup> ただ、本件プールは府営公園の一部なのであるから、  
 当然の結論である。故に、これをもつてして関西国際空港の営造物性についてまで肯定することはできまい。同空港  
 は空港整備法上、明文で関西国際空港株式会社（国ではない）が設置・管理すると規定されているのだから。

関西国際空港の営造物性を肯定すると、空港施設に起因する事故に関して国は営造物責任を負い、管理会社は工作  
 物の占有者として責任を負うことになる。このことは、JR事故の場合に専らJRが工作物責任を負い国の責任が生  
 じないことと非常に対照的な結論になってしまう。もつともこの点は、鉄道と違って空港の管理者は専ら国・公共団  
 体であるべきという通念<sup>(77)</sup>がこの区別の正当化事由となるのかも知れない。この問題に関しては結論は留保するが、次  
 のことは指摘したい。

まず、公共施設について民間参入の可能性という視点で次のような区分が提示されている。<sup>(78)</sup>

「(a) 個別業法によって、国、地方公共団体、またはその下部組織である公社・公団等が管理者であることを規定しており、民間が管理できない分野

(b) 許認可によって民間の管理が認められる分野

(c) 免許により民間の事業権が認められる分野」。

このうち (a) の事業が民間に移管されても、その施設自体は営造物性を失わないと解釈できると思われる。関西国際空港は (a) に分類できるであろうが、設置管理権が空港整備法上、関西国際空港株式会社にあると指定されており、道路法上の道路の設置管理権が専ら国・公共団体にあることは対照的である（但し、日本道路公団が民営化された場合は別途考察を要する。参照、日本道路公団法一九条一項一号）。このことは、関西国際空港の営造物性にとって否定的要因である。

(a) と区別されなくてはならないのが、鉄道（鉄道事業法三条）、<sup>(79)</sup> 情報通信施設、<sup>(79)</sup> 廃棄物処理施設（廃棄物の処理及び清掃等に関する法律七条、八条）等のように許認可・免許によって民間でも設置管理することが認められている分野の施設である。従って、特殊会社としてのJRは民間でも行える鉄道事業を行っているだけで、この意味で本来国に留保された権限を与えられているとはいえない。即ち、公の営造物には該当しない。

公の施設（地方自治法二四二条）に関して、その管理がPFI事業者<sup>(80)</sup>に委託される場合には、公の施設＝営造物だから、委託者である地方公共団体が営造物責任を問われるのは多言を要しない。他方で、行政が土地等の普通財産のみを貸し与え、そこでPFI事業者が施設を設置管理する場合、当該施設が公共の用に供されていると見なせるかどうか<sup>(81)</sup>が営造物性の判定基準となる。しかし、公の用に供せられているといっても判別困難なことが少なからう。その場合、行政による管理を期待できるかといった尺度等も用いることができる<sup>(81)</sup>が、さらに、公用開始行為の有無が



営造物性判断にとって割合明確な基準となろう。この判断は、法律上公物管理権が国・地方公共団体に限定されている事例（例、道路、港湾、河川、公園、下水道<sup>(82)</sup>）では、多くの場合公用開始行為の存在が期待できるのであろう。PFI手法を用いての民間事業者による公立小学校経営の例があり、ここには公用開始行為を見出せる<sup>(83)</sup>。

その他、庁舎や宿舍等の公用施設を民間事業者が設置・管理していて、行政がそれをリース形式で借りている場合、明らかに公用施設であるから営造物性は認定できる。

ところで、公用物の例として、郵便局内の職員用の椅子が営造物に該当するとした判決は、「本件椅子は……京橋郵便局の施設の一部を構成するものであるから、国家賠償法第二条第一項にいう公の営造物に該当する」と述べている<sup>(84)</sup>。この判決に関して、古崎氏は「素直に動産も公の営造物に当たるといい切ればよい。『施設の一部を構成する』との表現は、曖昧である<sup>(85)</sup>」と言われる。ただ、本件よりもさらにグレーゾーンに位置する事例の場合、営造物の外延が現在定かでないのであるから、ある物が営造物であると解される施設の一部分であれば当該物も営造物として見なすという判断手法は、現実の事件解決のために用いてよい。このことは古崎氏も否定されていない<sup>(86)</sup>。故に、施設本体の営造物性さえはつきりしていれば、その付属物については施設本体を含めて考えればよいので、比較的判定が容易になる。要するに、営造物該当性の判定方法には二つあって、一つは物それ自体が公共の用に供されているかを基準とする方法であり、他方は当該物が構成要素の一部であるところの全体（例、建物）が営造物であるかを考慮する方法である。

## 七 今後の展望

今後、PFIの手法が用いられていくと、公共団体の営造物と民間の公共的施設を区分することがますます困難になることが予想される。右に見てきたように、営造物該当性を見極めるために、公共団体の外延が明瞭であることが重要である。しかし、究極の問題は、営造物の定義たる「公の用に供せられた有体物」の背景にある公共性の意味である。

普通河川を地方公共団体が事実上管理していた事例で、最高裁は営造物に該当するとした<sup>(87)</sup>。しかし、この判決は事実上の管理があれば当該物が営造物となるというふうに短絡化させるべきではない。事例が河川であったためかなりの程度で公共の用に供せられているというもう一つの前提があつたのだと解釈すべきであろう。他方、地方公共団体が産業廃棄物の処理を自らも出資する第三セクターの廃棄物処理施設に委ねている場合、地方公共団体がかなりの影響力行使を当該第三セクターに行っていたとしても、その施設が営造物と解されるかは定かでない。なぜなら、事実上の管理如何にかかわらず、当該施設が普通河川ほど公共の用に供せられているとは言えないからである。

この第三セクターの廃棄物処理施設について相対的に営造物性を認めにくいのは、正確に言えば公共性が低いというよりも、国・公共団体が行うべきとする通念が弱いからではないか（参照、廃棄物の処理及び清掃等に関する法律一〇条）。この点に関して、行政の積極的定義を唱えられる手島孝教授の見解が想起されよう。<sup>(88)</sup> 教授によると、行政は（本来的及び擬制的な）公共事務の管理及び実施であると定義されるが、公共事務というのは、「公共の目的のために公共の負担で行われるべき事務」を言うとされる。特に後半部分の言う、公共の負担（いわば、公共の資源）で行われることの合意が河川・道路・橋等の管理については明らかである一方、産業廃棄物の処理施設の設置管理にはそこまでは至ら

ないということになると思う。故に、普通河川管理最高裁判決は、河川管理は国・公共団体が公共の資源を用いてなすべきとの通念があるため営造物性肯定に至ったものと評することができる。この意味で、よしんば刑務所の経営・管理が民営化されても、刑務所の営造物性は維持されるべきであろう。

右の行政理論を下敷きにして言えることは、営造物が公共の用に供されている有体物という定義は、国・公共団体によつて公共の用に供されている有体物であると再認識すべきという点である。このような文脈で、公共団体の概念を可能な限り画定しておくことは重要であることが理解できよう。そして、本稿がなにがしかの貢献をできたかどうかは論者のご批判を待ちたい。

- (1) 拙著『民営化の責任論』（成文堂、二〇〇三年）一七一頁以下。
- (2) 原龍之助『公物营造物法（新版）』（有斐閣、一九七四年）二五七頁、古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、一九七二年）二二四頁。
- (3) 森脇勝「学校事故による損害賠償請求訴訟」鈴木忠一・三ヶ月章監『新・実務民事訴訟講座6・不法行為訴訟Ⅲ』所収（日本評論社、一九八三年）一〇四頁、阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、一九八八年）七八頁、下山瑛二『国家補償法』（筑摩書房、一九七三年）二二三頁以下。
- (4) 参照、田中二郎『新版行政法中巻全訂第二版』（弘文堂、一九七六年）二二四頁以下、園部敏「公法人と私法人」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座第二巻』（有斐閣、一九六四年）二九頁以下。
- (5) 名古屋地判昭六〇年一月三十一日判時一二〇四号一一四頁、名古屋高判昭六一年三月三十一日判時一二〇四号一一二頁。
- (6) 河川工作物事件神戸地姫路支判平一三年四月二三日判時一七七五号九八頁は、河川区域内に工事請負業者が設置した仮水路での溺死事故に関して、業者の工作物責任（民法七一七条）とともに、国（河川管理者）の営造物責任を認めた。千葉地判昭五三年一月四日判時九二五号一〇一頁も公共団体と民間業者の競合責任を前提にしている。しかし、工作物に関する事故において、私人の工作物責任と公共団体の営造物責任が常に競合的に成立する訳でもない。例えば、古崎氏は別の事例

で「工事の一時的なもので、護岸の施設といえないときには、国家賠償法二条の問題とするのは無理ではないか」と論ぜられる。古崎慶長『判例営造物管理責任法——国家賠償法2条の考察——』（有斐閣、一九七五年）二九二頁。

- (7) 下水道継目管事件東京地判昭四七年三月一五日判時六七七号七五頁。この事件は、下水道工事現場に業者が立てかけていた継目管が倒れ第三者に怪我を負わせた事例であり、裁判所は当該継目管が営造物であるとして都の国賠責任を認めつつ、従業員の注意義務違反につき業者の使用責任も認めた。ゆりかごブランコ事件横浜地判平一三年二月五日判時一七七四号九八頁。これは、市の設置したブランコで起きた事故について、市の営造物責任のみならず、ブランコ製造業者の不法行為責任をも肯定した事例である。但し、控訴審である東京高判平一四年八月七日判時一七九五号一一〇頁では、「本件事故との関係では本件ブランコに本件空間高として三五センチメートルが保持されていなかったことをもって……安全性を欠いていたということもできない」として製造者の不法行為責任及び市の営造物責任が否定された。

- (8) 旭川地判昭三五年一月二二日訟月六卷二号三一五頁。

- (9) 塩野宏『行政法Ⅱ〔第二版〕』（有斐閣、一九九五年）二五九頁。

- (10) 鹿児島地判昭三一年一月二四日下民七卷一号九一頁。

- (11) 国鉄施設の営造物性を肯定したものと、鹿児島地判昭五三年四月二一日判時九一五号八五頁、東京地判昭五四年五月二四日判時九二六号七六頁。参照、最三小判昭六一年三月二五日民集四〇卷二号四七二頁（点字ブロック事件）。国鉄の軌道設備を工作物と解したものとして、最三小判昭四六年九月二八日判時六四六号四四頁、鹿児島地判昭四七年一月八日判時七〇三号七三頁。長坂氏は国鉄が私経済活動を行っているとして、民法七一七条の適用を説かれる。長坂「国鉄の施設物のかしと国家賠償法の適用をめぐる問題」法律のひろば一九卷一二号四三頁。しかし、この論で行くと国公立病院も私経済活動の一環として位置付けられることとなるが（公権力の行使でないから）、裁判例ではやはり営造物（国賠法）の扱いである。病院ベッド転落事件名古屋地判昭四七年八月二四日判時六九三号七二頁、長野地諏訪支判昭五〇年六月二五日判タ三二九号一八〇頁、待合室椅子事件神戸地判平八年八月一二日判タ九三三五号一一〇頁。参照、古崎・註（2）二二七頁。

- (12) 日本専売公社には法律の明文規定で国賠法二条の適用が認められていた。つまり、日本専売公社法四九条は、「政令で定める法令については、政令の定めるところにより、公社を国の行政機関とみなして、これらの法令を準用する」と規定し、これを受けて、日本専売公社に対する法令の準用等に関する政令二条は国賠法二条を準用する旨規定していた（昭二四・五・

二八、政令一一六号)。また、電話ボックスを営造物とした裁判例がある。東京地判昭五四年二月二七日判時九六四号八二頁。

- (13) 国鉄が国家賠償法上の公共団体に該当するとした判決として、鹿児島地判昭五三年四月二二日判時九一五号八五頁、東京地判昭五四年五月二四日判時九二六号七六頁。

- (14) 美濃部『日本行政法上巻』(有斐閣、一九三六年)四七八頁、乾昭三『国家賠償法』加藤一郎編『注釈民法』(19)債権(10)不法行為§§709、724(有斐閣一九六五年)三九四頁以下、根本真『弁護士会の行った懲戒処分と国家賠償』行政判例研究会編・行政関係判例解説昭和五五年(ぎょうせい)六六三頁、塩野宏『行政組織法の諸問題』(有斐閣、一九九一年)一三頁。磯崎辰五郎『行政法総論』(世界思想社、一九五三年)七二頁は次のように営造物法人が公共団体でないとする。

公共団体には地方公共団体及び公共組合しかない。第三のものとして営造物法人が挙げられているが、営造物法人は公共団体ではない。つまり、公共団体にはこれを構成する多数人(住民・組合員)があり、もし当該団体がなければ国家が人々の共同生活を治めるのであるが、国家から特に認められて人々が自らやっていく訳だから、本来は国家の統治を受ける共同生活である。これに反して、営造物法人は国家統治の手段に他ならず、営造物法人を構成する多数人は営造物の作用を行う者に過ぎず、国家の統治を受ける人々の共同生活なるものはないからである。従って、営造物法人は公法人とはいい得ても、公共団体ではない。

- (15) 盛岡地判昭四三年二月二六日訟月一五卷一号二二頁。

- (16) 矢野勝久「公共組合」田中二郎他編『行政法講座第四巻』(有斐閣、一九六五年)一一三九頁。Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 10. Aufl., 1973, S.487.

- (17) 矢野・註(16)二四〇頁。参照、塩野宏『行政法Ⅲ「第二版」行政組織法』(有斐閣、二〇〇一年)九〇頁。美濃部・註(14)四七二頁以下。解散の不自由については、園部・註(4)二八頁。

- (18) 根本・註(14)六六三頁。

- (19) 矢野・註(16)二五一頁。

- (20) 大阪地判昭四六年七月三〇日交通民集四卷四号一〇九三頁、京都地判昭四八年四月二七日判タ三〇六号二二六頁。

- (21) 千葉地判昭五三年二月四日判時九二五号一〇一頁、名古屋地判昭五九年五月二九日判時一一三八号一一一頁。

- (22) 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）三三三頁。
- (23) 美濃部・註（14）四六六頁、四七五頁以下。同様に、台南地方法院民事合議部判決昭和九年三月二六日法律新聞三六九一  
号五頁以下。
- (24) なお、法律で源泉徴収の職務を与えられた使用者もまた徴税の権限を授權されているとするのが通説のようであるが、こ  
れについては疑問である。拙著・註（1）一六二頁以下。また百歩譲ってそう解するにしても、源泉徴収を行う営利会社が  
権限を委任しているということで公共団体として民法ではなく国賠法の適用を受けるというコミカルな事態が立ち現れるこ  
ととなる。
- (25) BGHZ 49, 108 (115f.). 参照、BGHZ 2, 350 (351f.).
- (26) Fritz Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 114; Prodromos Dagloglou, Art. 34 Rn. 232, in:  
Kommentar zum Bonner Grundgesetz, zweitbearbeitung, 1970. 反対、E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht  
I, Bd. 2, 2. Aufl., 1953, S. 547.
- (27) 執行官から強制執行の実施を託された私企業の従業員の不法行為につき、当該私企業は責任を負わないとした事例。名古屋  
屋地判昭六〇年一月三十一日判時一二〇四号一一四頁、名古屋高判昭六一年三月三十一日判時一二〇四号一一二頁。
- (28) 古崎・註（2）二二〇頁以下。
- (29) ところが、ドイツ連邦通常裁判所判決は、求償権行使の相手方がユースホステル経営者であっても、求償権行使を当該相  
手方に故意・重過失のある場合に限定している基本法三四条の規定は適用されると判示している。BGH, Urt. v. 15. Mai  
1997, NJW 1998, S. 298. 参照、拙著・註（1）一四六頁。
- (30) この点の議論に関しては、参照、拙著・註（1）二八頁以下。
- (31) 仙台地判昭五七年三月三〇日行集三三卷三三三六九二頁。この判決は控訴審・上告審でも支持されている。仙台高判昭六〇  
年三月二九日行集三六卷三三四五七頁、最二小判昭六三年六月一七日判時一二八九号三九頁。
- (32) 同旨、兼子仁「優生保護法指定医師の指定取消しが適法な行政処分とされた事例」自治研究五九卷一〇号一三四頁。参照、  
阿部泰隆「優生保護法による優生保護医指定取消の適法性」民商法雑誌九九卷六号八八三頁以下。
- (33) 学説ではこれについて異論はないと評される。根本・註（14）六六三頁。

- (34) 参照、兼子・註(32) 一三五頁。
- (35) なお蛇足となるが、医師会による人工妊娠中絶医師の指定は「特許に近い性質を有するものとみるべきである」と説示された(菊田医師事件第一審)。ただ、この特許は医師の地位を法的にでなく事実上高める程度のものである(堕胎罪を免責する法的効果を持たない)とする学説がある。浜川清「都道府県医師会が優生保護法一四条一項に基づいてする指定の法的性質、および、右指定の取消・指定申請却下の各処分の適否——菊田医師優生保護医指定取消事件第一審判決」判例評論二九三号一二頁。
- (36) 大決昭和十三年二月二二日刑集一七卷九二六号。
- (37) 美濃部・註(14) 四七五頁。同旨、矢野・註(16) 二四一頁、田中・註(4) 二一〇頁、塩野・註(17) 九一頁。
- (38) 安本典夫「公共組合」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系第七卷行政組織』(有斐閣、一九八五年) 二九四頁。
- (39) 中小企業団体の組織に関する法律五五条の加入命令は削除されている。山本隆司「行政組織における私人」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上巻』(有斐閣、二〇〇一年) 八七五頁。旧森林組合、旧農業団体、旧水産団体も同様である。田中・註(4) 二一〇頁、園部・註(4) 二九頁、矢野・註(16) 二四一頁。
- (40) 矢野・註(16) 二四四頁。
- (41) 但し、塩野教授によれば、弁護士会は行政主体ではない。塩野・註(17) 九一頁。
- (42) 特殊法人である放送大学学園に関して、営造物法人に該当すると解されており、公共団体の性質を持つことになる論じられている。宇賀・註(22) 三四頁。
- (43) 塩野・註(14) 一四頁、美濃部・註(14) 六六〇頁以下。戦後において営造物法人として解されたのは、日本国有鉄道、日本専売公社、日本電信電話公社、原子燃料公社、港湾局などである。園部・註(4) 三二頁。
- (44) 塩野・註(14) 二四頁以下。
- (45) 塩野・註(14) 一六頁。
- (46) 塩野・註(14) 二二頁。
- (47) 塩野・註(14) 二二頁以下。
- (48) 山本・註(39) 八七二頁以下。

- (49) 参照、美濃部・註(14)四六二頁、塩野・註(14)一三頁。
- (50) 東京地判昭四九年六月二七日行集二五卷六号六九四頁(七七〇頁以下)。同旨、東京地判昭四七年二月二五日下午民二三卷九一二号七〇三頁。
- (51) 塩野・註(14)二七頁。
- (52) むしろ民法七〇九条の適用問題となる。例えば、日本語読み訴訟最三小判昭六三年二月一六日民集四二卷二号二七頁、政見放送削除事件最三小判平二年四月一七日民集四四卷三号五四七頁。評釈として、森英樹「政見放送削除事件最高裁判決」法セミ三五卷八号一一二頁。
- (53) 最三小判平二年四月一七日民集四四卷三号五四七頁。
- (54) 「憲法二二条二項前段にいう検閲とは、行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的に、発表前にその内容を審査した上、不相当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるものを指すと解す……」。最三小判平二年四月一七日判タ七三六号九二頁。同旨、最大判昭五九年一月二日民集三八卷一二号一三〇八頁。
- (55) BVerfGE 12, 205 (246); Thomas Grob, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, S.30.
- (56) 浦和地判平一一年三月二九日判時一六九四号一一七頁、日本坂トンネル事件東京高判平五年六月二四日判時一四六二号四六頁。
- (57) 指定法人制度とは、行政事務を執行するに際し、官庁が特定の民間法人を法令等で指定して民間の能力を利用する制度であるが、これには、①当該法人の公共的事務に法律上の権威を与えるもの、②本来は行政の事務を当該法人に委託するもの、③行政による推薦で、行政運営上必要不可欠なものと解されるものがある。総務庁行政監察局編『行政代行型法人の透明化・適性化のために——指定法人等の指導監督——』(一九九七年)一〇頁。
- (58) 塩野宏「指定法人に関する一考察」芦部信喜古稀記念『現代立憲主義の展開 下』(有斐閣、一九九三年)五〇四頁。
- (59) 米丸恒治『私人による行政』(日本評論社、一九九九年)三五四頁以下。
- (60) 両者の区別については、参照、福家俊郎・浜川清・晴山一穂編『独立行政法人——その概要と問題点』(日本評論社、一九九九年)二九頁以下(中村芳昭執筆部分)。



- (61) 美濃部・註(14) 四六九頁。
- (62) GroB (Anm.55) S.37. 参照、山本・註(39) 八八七頁。
- (63) GroB (Anm.55) S.43. さらにグロスと言う。EUの指針によると、公企業とは公の手が所有権・出資・定款等により直接・間接に支配的影響力を行使できる全ての企業である。多数の出資が公の手になれば、公企業としての推定が働く、と。  
GroB (Anm.55) S.40.
- (64) 参照、拙稿「私法形態の行政と基本権」九大法学六五号七三頁以下、八七頁以下、九〇頁以下。
- (65) 大阪地判平一一年三月二九日判時一六八八号三頁、大阪高判平一四年二月二六日判時一八二二号三頁。
- (66) 塩野教授も国際電信電話株式会社について次のように言われる。「日本鉄道建設公団を含む他の特殊法人が理事等の政府任命制をとっているのと比較すれば」「株式会社總會の意思を第一義におき、それを外部から統制するという手法がとられているとみることができる。特殊会社以外にも、直接、監督官庁の取締役等解任命令が定められている例があることに鑑みれば、会社法上の組織監督権の存在から、会社が国との関係ではその一分肢にすぎず、その監督権行使が内部的統制であるとすることはできない」。塩野・註(14) 五二頁。
- (67) 宇賀・註(22) 二四三頁。参照、塩野・註(9) 二六八頁。
- (68) 東京地判昭五四年二月二七日判時九六四号八二頁。逆に、民法七一七条を適用したと思われるものとして、浦和地判昭四二年二月二八日訟月一三卷七号七八一頁。
- (69) 参照、園部逸夫監・西埜章著『国家賠償法』(青林書院、一九九七年) 二七七頁。
- (70) PFIについては、参照、小幡純子「PFIの推進と課題」かんば資金二〇〇〇年七月四頁以下、建設政策研究所編『検証・日本版PFI』所収(自治体研究社、二〇〇二年) 一三頁(渡邊治執筆部分)。
- (71) 山内弘隆監『日本版PFI』(地域科学研究会、一九九九年) 六〇頁(注2)(有村彰男執筆部分)。
- (72) 山内・註(71) 六〇頁。西野文雄監『完全網羅日本版PFI 基礎からプロジェクト実現まで』(山海堂、二〇〇一年) 二三八頁(有村彰男執筆部分)。さらに、平成一五年、成田国際空港株式会社法成立により成田国際空港も同様に論じられることになった。
- (73) 例えば、西埜章教授は、株式会社になったということで、公共団体性を否定されることには疑問の余地があるとされ、関

西国際空港株式会社と新東京国際空港公団の間で国賠法一条適用の有無が分かれるか否かは、実質的な観点から考察すべきとされる。西埜・註（69）三六頁。

- (74) ドイツでは我が国の国賠法二条（営造物の設置管理責任）に相当する規定がないので、国賠法一条（公務員の不法行為責任）に当たる職務責任規定（基本法三四条、民法八三九条）がPFI事業者に適用されるかどうかが争点である。例えば、ウド・シュタイナーは次のように記す。

幹線道路PFI法（Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz）からすれば、私人がラント道路法の規定に従って交通安全義務を民法八三九条、基本法三四条の意味での職務義務として遂行しており、権限を委任したラントが第三者に対して過失による損害についての賠償義務を負う。この場合、内部的に責任が私人に任せられるのが通例である。Udo Steiner, Straßenbau durch Private, NJW 1994, S.3151.

この論点は、勿論我が国の国賠法一条の解釈において参考になるものであるが、本稿ではとりわけ国賠法二条に焦点を当てて考察したい。

- (75) 判時五八四号八八頁。

- (76) 古崎・註（6）三三〇頁。また、大阪地判昭四七年一月一五日訟月一八卷一二号一八三七頁では、国のプールの管理が財団法人郵政弘済会大阪地方本部に委託されていたが、国の責任が肯定された。これについても、国がプールの管理責任を有さなくなる訳ではないと評釈されている。古崎・註（6）三三五頁。

- (77) 小幡純子「公物法とPFIに関する法的考察」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革上巻』（有斐閣、二〇〇一年）七七三頁。

- (78) 西野・註（72）二三七頁（有村執筆部分）。原龍之助氏の公共施設概念は、PFI法における「公共施設等」とは異なる。見ての通り、「等」という文言が付け加わっている。原氏によると、公共施設は国・公共団体が設ける施設であって、私人の設けるものは公共施設ではないとしているのに対して（原・註（2）三六二―三六三頁）、PFI法の定める公共施設等には鉄道や情報通信施設などの民間が行う事業も含まれているからである。

- (79) 電気通信事業にも新規参入が認められている。電気通信事業法九条。他方、空港に関しては関西国際空港株式会社・中部国際空港株式会社・成田国際空港株式会社以外の民間事業者による新規参入は法改正なくして認められないであろう。

- (80) もっとも、行政財産と普通財産の区別は財産管理上の区分であって、営造物かどうかの判断には関係がないとした裁判例があることには注意を要する。東京高判昭五三年一月二一日判時九二〇号一二六頁。
- (81) 拙著・註(1)一八八頁。
- (82) 小幡・註(77)七七三頁、西野・註(72)二三三頁(有村執筆部分)。参照、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律二条。
- (83) 参照、建設政策研究所・註(70)一三五頁(馬場民子執筆部分)。
- (84) 東京地判昭四八年一月二一日判時七三二号九七頁。
- (85) 古崎・註(6)四〇〇頁。
- (86) 古崎・註(6)八九頁(側溝)、一七五頁(路肩)。
- (87) 最一小判昭五九年一月二九日民集三八卷一一号一二六〇頁。
- (88) 手島孝『行政概念の省察』(学陽書房、一九八二年)三六頁以下。